

TIRO PELA CULATRA: falências x concordatas

LUIZ FUX*

*Juiz de Direito, RJ e Professor
de Direito Processual Civil na UERJ*

As medidas econômicas impostas pelo governo, além da ineficácia que vêm revelando no tocante ao combate à inflação, têm provocado, na atividade negocial, verdadeira catástrofe, gerando a quebra de inúmeras empresas e firmas incapazes de suportar o embate das medidas imprevisíveis adotadas.

No afã de salvaguardar os seus próprios patrimônios e o lastro comercial ostentado durante vários anos, inúmeros comerciantes, escrupulosos ou inescrupulosos, vêm lançando mão de instrumentos jurídicos processuais, imaginados pelo legislador que, como evidente, parte da premissa de que, se o cidadão age sempre de boa-fé assim também o comerciante, quanto aos instrumentos de proteção da atividade comercial.

Entretanto, olvidando a regra de que o direito foi esculpido para ser exercido com regularidade, inúmeros comerciantes vêm efetivando o que a doutrina tradicional denominou de abuso do direito, que, na sua essência, consiste no uso irregular de um direito instituído.

Os noticiários mais recentes indicam a investida da Polícia Federal, quanto à verificação das reais dificuldades por que passam as empresas que, no presente momento, estão a formular pedidos de concordatas perante os juízes de falência. Isto porque paira no ar que comerciantes de má-fé procuram utilizar-se do instituto com o objetivo, não só de se locupletarem mas também de encerrar uma contundente fraude aos credores, o que decerto poderá acarretar efeitos muito



<http://bdjur.stj.gov.br>

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 29 de novembro de 2001.
FUX, Luiz. Tiro pela Culatra: falências x concordatas. In: TUBENCHLAK, James;
BUSTAMANTE, Ricardo Silva de (Coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro:
Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. p. 277-281, v.2.

mais ruinosos, e em cascata, do que os já produzidos pela malfadada política econômica do governo.

Esse quadro de ruína, não só econômica mas também moral, acaba por desaguar no Judiciário, que tem o dever de verificar a regularidade dos pedidos com vistas voltadas para o interesse dos credores.

Conforme é sabido na sua história e desde a sua origem, o instituto da concordata subordinou-se sempre e sempre à honestidade e boa-fé do comerciante requerente.

No Direito Romano para salvaguardar a imagem do falecido, que ao morrer deixava dívidas, o direito contemplava os herdeiros com a possibilidade de realizar com os credores um pacto através do qual eram acomodadas as dívidas da herança na proporção do acervo deixado. Para a validade desse acordo impunha-se a homologação pelo magistrado. Havia, ainda, um outro instituto através do qual o devedor infeliz e de boa-fé obtinha do imperador, alegando a impossibilidade de pagamento aos credores, apenas momentânea uma oportunidade de satisfazer o pagamento das suas dívidas num determinado prazo dentro do qual inclusive se impedia eventual ação dos seus credores.

Esse benefício específico não referente ao espólio insolvente subordinava-se à aceitação da maioria dos credores. Tal circunstância influenciou o direito nacional, com relação ao primeiro período de existência das nossas concordatas, quando se impunha a concessão da mesma mediante manifestação da comunidade dos credores, o que se viu combatido por inúmeros juristas de porte, como Trajano de Miranda Valverde. Segundo ele era injustificável deixar ao arbítrio da outra parte a concordata solicitada pelo devedor honesto e de boa-fé, por isso que a atribuição única e exclusiva ao magistrado evitava acordos

extraprocessuais entre credores e o devedor, rompendo inclusive aquele princípio de igualdade que deve existir entre os credores.

Essa concordata hoje existente no direito brasileiro, oriunda das cidades italianas da Idade Média e que se espalhou pelos sistemas da Alemanha, Suíça, Espanha, Holanda, Bélgica, tendo surgido pela vez primeira no Ordenamento Francês de 1673 pressupõe, iniludivelmente, a boa-fé do devedor e, num segundo plano, a verificação de que a medida não representará sacrifício maior para o credor do que a liquidação que ocorre na falência.

O Professor Ramon Castilho, comentando a Lei de Quebras da Argentina, bem evidenciou a necessidade da boa-fé do devedor ao afirmar que há devedores de boa-fé que são vítimas da realidade das circunstâncias, a quem os credores exigem mais do que eles podem dar. Para esses credores, aponta o renomado autor que melhor se adapta a concordata do que a quebra, porque, através daquela, o devedor propõe em juízo a melhor forma de pagamento de seus credores, evitando a decretação da falência.

O instituto da concordata traz assim vantagens para o devedor, porque evita a sua ruína, permitindo que ele possa voltar às suas atividades como um homem de negócios. Por outro lado, objetiva o instituto também que os credores se aproveitem das melhores e maiores percentagens do que aquelas que se obtêm na falência, sendo sempre preferível restabelecer o devedor do que levá-lo ao desconforto da destruição institucional do seu patrimônio.

Verifica-se, assim, que o instituto da concordata, na melhor acepção de direito, calca-se no sentimento de solidariedade e reciprocidade entre os comerciantes.

Recheado de sentimentos elevados, de aspectos positivos da ética e da moral humana, vem o instituto da concordata sendo utilizado com desvio de sua finalidade, encerrando verdadeiro abuso de direito de demandar.

A informação, que se trouxe no início do tema, no tocante à atuação da Polícia Federal, na devassa das empresas requerentes de concordata, demonstra a preocupação das autoridades públicas quanto à credibilidade que devam merecer os referidos pedidos.

A apreensão é tanto maior do Judiciário na medida em que se legou ao magistrado o poder de cancelar o pedido de concordata, verificando o juiz da sua regularidade, da sua legitimidade, da honestidade e boa-fé do devedor, e, principalmente, da eficácia do procedimento quanto à satisfação dos interesses dos credores e a avaliação do princípio do menor sacrifício.

Sobre a caótica situação, vem se deparando o Judiciário com uma conjuntura extremamente paradoxal a partir de uma interpretação literal da Lei de Falências e Concordatas.

É princípio assente na doutrina dos manuais que o juiz só tem duas alternativas com relação aos pedidos de concordatas: ou ele defere a concordata e os credores se submeterão ao pagamento parcelado e proporcional previsto na lei, ou então o juiz decreta a falência, impondo o sacrifício de os credores participarem da arrecadação daquilo que propuser a massa falida.

Observa-se, entretanto, em determinados casos, que ambas as medidas são extremamente danosas para a comunidade dos credores, não há o interesse na decretação da quebra, porque ao invés de receberem as importâncias que lhes são devidas, quando muito lograrão receber um verdadeiro prêmio de consolação.

No que se refere às concordatas, o parcelamento do débito e a incidência de acréscimos completamente desproporcionais àqueles suportados pelos credores revelam não menos desfavorável para aquele que tem algo a receber o processamento da concordata.

Esse panorama se agrava em muito com relação aos credores e ao próprio respeito que deve merecer o ordenamento jurídico, ditado na premissa de que os seus destinatários, são homens de boa-fé, quando se atesta que pedidos de concordatas são feitos através do juízo com o escopo unicamente de beneficiar devedores que, na essência, não merecem a proteção do instituto.

Permanece a dúvida de como deve proceder o juiz, uma vez que, conforme já ressaltado, vigora o princípio de que ou o juiz decreta a falência, ou o juiz defere a concordata.

Sob esse ângulo, é preciso assentar que a concordata, à semelhança de todo o processo judicial, é na sua essência instrumento de realização de direitos, através do qual o Estado, aplicando o direito legislado à situação submetida à sua apreciação, procura regular a eventual situação litigiosa no intuito de compor o eventual litígio, restabelecendo a paz social violada pelo descumprimento do direito. Como instrumento de realização de uma função tão nobre e importante para a manutenção da vida em sociedade, o processo exige que as partes nele se comportem com lealdade e boa-fé.

Importando para o nosso sistema processual normas éticas oriundas do regulamento austríaco, o nosso legislador de processo, em todos os nossos códigos e no atual, incumbiu ao juiz dentre os seus poderes supremos o de reprimir a fraude, velando pela dignidade da justiça.

Como consectário desse poder, instituiu o legislador processual uma norma de conduta e reveladora da autoridade judicial, autorizando o magistrado que, convencendo-se pelas circunstâncias da causa de que as partes se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, profira uma sentença obstativa dos objetivos ilícitos das partes.

Esse dispositivo, se encontra como paradigma normas dos sistemas mais evoluídos do direito processual, como o italiano, o alemão, e o Código português, autoriza o órgão judicial a vedar o processo simulado, mesmo que não haja intenção de fraude à lei ou a terceiro, por isso que, com muito mais razão, verificando o magistrado a intenção do desígnio ilícito, tem o poder-dever de, velando pelo respeito e prestígio que deve merecer o Judiciário, impedir ou rechaçar o interesse malévolo das partes.

Por outro lado, é inegável que, como norma processual que é o disposto no art. 129, aplica-se a todos os processos judiciais e, por isso, ao processo das concordatas.

A aproximação desses dois dispositivos, juntamente com os fundamentos históricos que autorizam a criação do instituto em favor do devedor, partindo da premissa da sua honestidade e boa-fé, permitem por certo a reflexão de que o juiz não deve estar diante do impasse falência x concordata. Ao revés, inspirado por esse princípio nobre de proteção da dignidade e da Justiça, cumpre ao magistrado coibir pedidos irrealis de concordatas, ao verificar que a situação do devedor comerciante não é aquela narrada na inicial, tendo os seus olhos voltados para o princípio de que o legislador prefere o menor sacrifício no confronto com o benefício instituído em favor do devedor.

Para esse fim, tem o magistrado instrumentos suficientes de verificação da verdadeira situação patrimonial do pretense concordatário,

como, por exemplo, a realização de vastas perícias, antes do pronunciamento sobre o requerimento originário.

Assim, convencendo-se o juiz de que o comerciante imetrara a concordata, com o objetivo de se locupletar em detrimento e sacrifício das comunidades dos credores, ao invés de declarar a sua falência conforme apregoa-se com ligeireza, deve, ao revés, extinguir o processo sem o conhecimento do pedido, rejeitando a pretensão daquele que pretende fazer da justiça, não um instrumento de realização do direito, mas, antes, um instrumento que fomente o abuso do direito de peticionar junto às autoridades públicas.

O concordatário, que se deparar com essa rejeição do seu designio ilícito, por certo estampará no rosto a mesma perplexidade daqueles que contemplam um tiro que saiu pela culatra.

Sem prejuízo da justa surpresa, o magistrado, assim procedendo, atenderá a advertência brilhante de jurista e filósofo, ao exigir que o juiz não aja como um insensível e frio aplicador eletrônico dos dispositivos, mas antes como órgão de aperfeiçoamento das leis, intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar com matéria-prima da lei uma obra de elegância moral e útil à sociedade.